

AFRICAN JOURNAL

OF LEGAL STUDIES

L'Envers et l'endroit de l'interprétation islamiste du concept de jihad en droit islamique

Bruce Mabley†

.....

Résumé

En droit islamique, le concept de jihad occupe une place privilégiée parmi les différentes sources d'inspiration juridique. Ne faisant pas partie des sources du droit (usul al-fiqh), la notion de jihad revêt un intérêt conceptuel et tout moderne. La coupure épistémologique ou l'avènement du conformisme en droit né d'un consensus des juristes islamiques vers le 9^e siècle bouleversera l'évolution du jihad. Ainsi cette fermeture de la porte de l'innovation en droit (ijtihad) aura un impact important sur le contexte juridique défini en partie par la pratique des fatwas ou consultations ainsi que la distribution géopolitique de la souveraineté musulmane en Afrique et ailleurs dans le monde. Aux yeux des islamistes, jihad devient à la fois un moyen, un témoignage et même la fin du droit islamique. Tel est son rôle particulier car si la mise en œuvre de la shari'a rallie bon nombre de musulmans, cela n'exclut pas pour autant l'idée de faire appel au jihad pour y parvenir. En dernier lieu, trois exemples de jihad contemporains sont évalués à la lumière du droit islamique ayant comme toile de fond la fin de l'innovation juridique.

†Ph.D., Faculté de droit de l'Université Laval. Bruce Mabley a obtenu une maîtrise en économie politique de l'University of Toronto ainsi qu'un doctorat en philosophie de l'Université Laval en 1982. Sa thèse de doctorat s'intitule 'La pensée politique d'Albert Camus'. M. Mabley a fait onze ans de carrière comme diplomate canadien ayant servi à Paris, à Islamabad, au Caire et à Amman. Ensuite il est devenu Directeur des Affaires internationales de l'Université Concordia où il a enseigné la science politique et la philosophie. En plus d'avoir écrit de nombreux articles dans ses champs de recherche, il fut l'éditeur du *Nouvel internationalisme* et, en 2003, reçoit la Palme académique de la République française.

Cite as: 1 *Afr. J. Legal Stud.* 2 (2005) 102-128.

© The Africa Law Institute. All rights reserved. AJLS is a free peer-reviewed and interdisciplinary journal published by The Africa Law Institute. To download or comment on current articles, sign up for future issues or submit a manuscript, please visit <<http://www.africalawinstitute.org/ajls>>. AJLS is indexed in CIAO Net, HeinOnline, Lexis-Nexis, ProQuest, Quicklaw and Westlaw.

I. Introduction

Outre le débat actuel autour de la théorie et de la pratique du *jihad* ainsi que ses avatars politiques islamistes, il demeure essentiel d'assurer une pleine intégration de ce concept au sein même du droit islamique. D'abord et avant tout un concept juridique, il convient de souligner que tout autre procédé méthodologique risque d'analyser ce concept de *jihad* en dehors de ses origines historiques et intellectuelles en plus de s'exposer aux critiques justifiées des islamistes. En effet, une réflexion juridique autour de la notion de *jihad* ne peut se faire qu'en analysant ce concept fluide par rapport aux sources du droit religieux et d'autres concepts en droit islamique. À ce titre, soulignons la fermeture de la porte de *l'ijtihad* qui nous paraît une étape incontournable en droit islamique, étape qui partage ses origines linguistiques avec *jihad* en langue arabe. À l'instar du concept de *fatwa*, *jihad* lui aussi est devenu un enjeu politique mondial. Contrairement aux catégories formelles de droit (*usul al-fiqh*), le *jihad* demeure relativement libre de contraintes canoniques tout en s'inspirant de la Sunna de la période médinoise. La métaphore de Médine libère une énergie et un effort dont la combinaison nous préparera à analyser de récents événements à la lumière du concept juridique de *jihad*. En se fondant ainsi sur le paradigme juridique du *jihad*, ce travail cherche à actualiser une fois de plus des problématiques modernes en illustrant l'influence prépondérante de la fin de l'innovation juridique sur l'évolution de la théorie et de la pratique du *jihad* de nos jours.

II. Définition du *jihad*

Commençons par une définition du mot *jihad* en arabe. L'arabe est la langue de l'Islam et du Coran, et du même fait, celle du droit musulman. La racine du mot '*jihad*' en arabe se trouve dans le verbe '*ijtahada*', ce qui veut dire 'essayer' ou 's'exercer'. En tout état de cause, il s'agit surtout de l'effort. Or, *jihad* signifie avant tout 'effort'. De quel type d'effort s'agit-il? Une réponse, ne serait-ce que partielle et non loin de nos considérations ici, peut être trouvée dans le mot '*ijtihad*' en droit islamique, ce qui veut dire 'effort intellectuel' ou 'raisonnement indépendant' menant éventuellement à *bid'a* ou 'innovation' en droit. Ces deux mots juridiques d'Islam trouvent donc leurs origines dans la même racine étymologique. Ce fait nous sera fort utile alors que nous essayerons de cerner davantage la signification et la portée de ces deux notions.

Par ailleurs l'effort de *jihad* a aussi de fortes connotations juridiques dont l'origine se retrouve dans l'acte de guerroyer. En ce sens précis, l'effort signifie l'acte de prendre des armes afin de défendre la religion islamique.¹

Quand on parle de l'effort, nous pouvons tirer un certain nombre de conclusions de notre petite recherche linguistique. D'abord tout porte à croire qu'il s'agit, ne serait-ce qu'en partie d'un effort intellectuel. Certes c'est le vrai sens de *l'ijtihad* du moins à la différence de *taqlid*. *Ijtihad* est un mot de droit islamique qui signifie 'raisonnement indépendant' dans la formation des lois.

On ne pourra quitter ces questions linguistiques sans remarquer que le mot et les dérivés de *jihad* impliquent l'existence d'une limite. Une sorte de 'jusqu'à ce

¹ Bien entendu, cette notion suscite énormément de controverses et nous ne nous y échapperons point. Toute la question d'un *jihad* offensif ou défensif donne naissance à maintes interrogations qui seront considérées dans la section consacrée aux différents types de *jihad*.

que...ou 'faire son possible'. Cette notion de limite se retrouve également dans le Coran où il est dit que Dieu n'exige jamais ce qui est au-delà des possibilités des croyants. Nous lisons à la Sourate VII et au verset 40 : « Nous n'imposerons point de charges au-dessus de leurs forces à ceux qui auront cru et pratiqué les bonnes œuvres ».² À la deuxième Sourate, on peut lire « Personne ne doit être chargé au-delà de ses facultés. »³ En un mot, Dieu ne demandera pas aux croyants de faire quelque chose qui serait au-delà d'une certaine limite humaine physique ou intellectuelle. En quoi consiste-t-il cette limite car son existence pourrait nous aider dans notre effort visant à établir une définition claire du mot et des activités qui portent le nom '*jihad*'? A première vue, la foi par sa définition même ne semble pas accepter la notion de limite. Limiter le *jihad* par la foi semble être une entreprise vouée à l'échec surtout si quelqu'un doit donner sa vie au nom d'un principe de l'au-delà. D'ailleurs la Sourate IX contient ce qu'on pourrait appeler un *jihad* fondé sur le sacrifice « Allez combattre dans le sentier de Dieu, vous vous êtes montrés lourds et comme attachés à la terre? Vous avez préféré la vie de ce monde à la vie future; les jouissances d'ici-bas sont bien peu, comparées à la vie future. »⁴ On dirait que le Coran oscille entre l'existence d'une limite et le sacrifice ultime lorsqu'il s'agit de *jihad*.

Si l'on insiste sur la notion de limite, ne s'agirait-il pas de la loi naturelle au nom de laquelle l'homme ne fera rien qui mettrait sa vie en danger mortel? En l'absence d'une limite externe, nous aurions tendance à dire que c'est la foi elle-même qui pose ses propres limites. C'est-à-dire que la limite se trouve à l'intérieur des catégories philosophiques de la foi. Cependant la foi par définition ne connaît pas de limites intrinsèques. Ici, il serait peut-être utile de s'interroger sur la relation entre le droit naturel et le Coran. Est-ce que le Coran respecte la limite du droit naturel dont l'expression la plus simple serait la préservation de soi? Ou par contre, sommes-nous en présence d'une morale de sacrifice au nom d'un Dieu absolu? En introduisant cette notion, nous arrivons mieux à comprendre le vrai sens du verset ci-dessus.

Quoique le Coran accorde le statut de 'martyre'⁵ à tout homme qui meurt en ayant combattu pour l'Islam, il reste que la plupart des versets coraniques suggèrent une autre vision, celle qui reconnaît la présence d'une limite qui pourrait encadrer et structurer les actions des *jihadistes*. La résolution de cette contradiction se dévoile à partir des deux sortes de limites ou conditions rattachées au *jihad* – l'une de nature normative tandis que l'autre est de nature juridique (le grand et petit *jihad*). Avant d'analyser la nature de ces deux conditions, il nous incombe d'établir les paramètres de la notion islamique de *jihad* lui-même selon les prescriptions et déclarations des textes et mots divins.

A. Le Coran et Jihad

Sous l'angle seulement linguistique, nous pouvons affirmer que la définition de *jihad* se dévoile à partir de la notion d'un effort. Et que cet effort du moins dans un de ses

² *Le Coran*, éd. Garnier-Flammarion, 1970, Sourate 7, verset 40, page 136.

³ Sourate 2, verset 233.

⁴ Sourate 9, verset 38.

⁵ Certes la notion de martyre n'est pas étrangère au *jihad*. Dans un hadith qui résume une quantité non négligeable de déclarations coraniques (voir surtout la Sourate IX), nous lisons « And know that paradise is beneath the shade of the swords' » M. Asisullah, *Glimpses of the Hadith*, (Karachi: Times Press, 1965) 86.

mouvements nous renvoie prioritairement à l'existence d'une limite qui, elle, semble être enracinée préalablement dans la foi religieuse, n'en doutons point. Les prescriptions coraniques nous laissent deviner aussi l'inexistence de limites en ce qui a trait à l'autre mouvement de *jihad* qui se réfugie dans une doctrine de sacrifice comme étant préalable à l'obtention du salut éternel. Nous savons également que le concept de l'effort juridique tel qu'incarné par *l'ijtihad* refait surface dans toute analyse des racines en langue arabe de *jihad* ou *jahada*.

Nous constatons également l'importance que revêt le concept de *jihad* pour le droit islamique. Louis Milliot en fait état lorsqu'il le décrit sous forme de devoirs humains «Un premier groupe comprend des actions humaines qui présentent un caractère religieux (prière, aumône, pèlerinage et guerre sainte (*djihad*); ce sont les '*idabat*', ou devoirs envers Dieu.»⁶ En ce sens, faire le *jihad* est au même niveau que les autres devoirs islamiques tels *shahada*, *haj* etc. Et ces devoirs ne sont pas facultatifs, d'où vient le caractère nécessaire du *jihad*. Cependant nous allons voir que ce même concept est de nature à susciter un encadrement doctrinal au même titre que le divorce, les lois successorales ou toute autre activité de la Ummah.

Compte tenu de la nature conflictuelle des origines de l'Islam et la vie du Prophète,⁷ l'histoire islamique recèle bon nombre d'enseignements et d'exemples en matière de conflit armé et *jihad*. Tout aussi fertile est le terrain du concept de *jihad* appliqué aux notions de droit islamique sous forme de *l'ijtihad*.⁸

Avant d'identifier et d'analyser différents versets coraniques ayant rapport au *jihad*, il nous incombe de bien séparer les deux types de *jihad* (voir les deux mouvements ci-haut). La première sorte de *jihad* entendue sous forme d'un effort moral ou intellectuel (comment devenir un bon musulman par exemple) se retrouve tout au long des sourates et versets du Coran. Que ce soit comment faire le *Haj*, les lois successorales, le divorce, les châtiments ou l'interdiction de l'usure et de la consommation du vin, le Coran cherche à donner les prescriptions nécessaires à l'homme pour que ce dernier puisse devenir meilleur sur ce monde et ensuite trouver son salut dans l'au-delà. Autrement dit, le Coran véhicule une pensée morale dont l'arme principale est le *jihad* entendu sous sa forme générique. On ne parle pas encore de guerre sainte. Puisque l'homme ne peut que tendre son arc dans la direction du bien tel que révélé par le texte divin, rien ne lui est pourtant gagné car « Il est Dieu dans les cieux et sur la terre; il connaît ce que vous gagnez par vos œuvres.»⁹ La perfection de Dieu ne peut donc pas être atteinte par les hommes qui, eux, doivent se contenter de pratiquer ce type de *jihad* quotidiennement pour

⁶ Milliot, Louis, *Introduction à l'étude du droit musulman*, (Paris, Recueil Sirey, 1953) 22.

⁷ Dans son livre *L'État islamique, dernière des ignorances*, Abdallah Makrroug nous peint un portrait de l'époque «...il est un fait que Yathrib (Médine) était divisée et très éprouvée par des longues années de guerre fratricide. Le manque d'unité, avec l'état de guerre qu'il entretenait, signifiait que le sujet qui avait été à l'origine de l'opposition ferme à La Mekke-la situation de Muhammad en tant que Propète et ses conséquences politiques – était au contraire la chose la mieux élaborée pour offrir aux Médinois un certain espoir de paix.» *L'État islamique, dernière des ignorances*, (Québec: Presses de l'Université Laval, 2003) 34. Ajoutons le retour contesté du Prophète à la Mecque en 628 ainsi que le différend au sujet du califat suite à la mort de Mahomet, le conflit faisait partie intégrante du contexte historique.

⁸ Notre analyse de *jihad* veut rester fidèle à nos premières réflexions sur sa définition au lieu de s'engouffrer dans une monadologie bâtie sur une théorie de la guerre sainte. Un tel procédé nous paraît illégitime étant donné le contexte morphologique que nous développons autour du mot *jihad*. Notre analyse du Coran cherche à appuyer cette thèse qui marie l'effort intellectuel et la liberté religieuse.

⁹ Sourate 6, verset 3.

pouvoir plaire à Dieu et sauver leur âme.¹⁰ Il s'agit donc d'un *jihad* permanent mais toujours inachevé, c'est-à-dire, toujours à faire et à refaire. Nos verrons plus loin que l'*ijtihad* fait partie intégrante de cette définition plutôt large du *jihad* (ou grand *jihad*) en tant que manifestation juridique.

En classifiant le *jihad* entre sa distinction des devoirs de communauté et ceux du simple croyant individuel, Louis Gardez, dans son livre Les hommes de l'Islam, écrit : « Tels sont par exemple, l'exercice officiel de la justice, le maintien de l'ordre et de la paix, et l'effort (*jihad*) sur le chemin de Dieu pour défendre et promouvoir le monde de l'Islam'. »¹¹

Plus loin en citant des juristes islamiques tels Ibn Taymiyya (14^e siècle), ainsi qu' Ibn Hazm et al-Ghazzali (11^e siècle), Gardez nous dévoile la différence entre les deux types de *jihad* – « La lutte contre l'obstacle que dressent les défauts personnels sera appelé 'le grand *jihad*', 'le grand effort sur le chemin de Dieu', en analogie d'opposition avec le 'petit *jihad*', c'est-à-dire la lutte (armée) contre les ennemis de l'Islam. En comparaison de toute 'réforme des mœurs' dit Ghazzali dans l'*Ihya*, le devoir du *jihad* les armes à la main est 'comme un léger souffle de vent sur la mer agitée'. »¹²

Si l'on accepte cette définition du grand *jihad* dont la pierre angulaire est son caractère inachevé, nous sommes en droit nous demander si l'arrêt de la pratique juridique de l'*ijtihad* au début du IX^e siècle est légitime? Nous avons vu que l'*ijtihad* constitue en quelque sorte le travail juridique en droit islamique. Si le grand *jihad* est bel et bien permanent, comment pourrait-on parler d'une fermeture de la porte de l'*ijtihad*, conclusion qui domine le monde de la jurisprudence musulmane depuis le IX^e siècle. Nous y retournerons plus loin dans la section sur la fermeture de la porte de l'*ijtihad* mais il est inutile de souligner la portée éventuelle d'une telle vision du grand *jihad* fondée sur l'analyse de Gardez.

Si le grand *jihad* peut être assimilé par la philosophie morale du Coran, il n'en est pas de même pour ce qui est du petit *jihad*. Par petit *jihad*, nous entendons l'acte de guerroyer au nom de la cause de l'Islam. Tout comme avec le grand *jihad*, le tout se fonde sur la notion d'un effort. À travers le Coran, Dieu guide cet effort et décrit ses conditions et modalités. Tout porte à croire que cet effort n'est pas aveugle compte tenu de la description coranique de cette activité. En effet, le Coran nous met devant une nouvelle réalité de la guerre au nom d'un seul Dieu. Et tout comme bon nombre de concepts en droit islamique, le Coran représente une modification importante de la loi coutumière qui existait à l'époque pré-islamique.¹³

¹⁰ La plus simple expression de ces professions de foi sans cesse renouvelées se retrouve dans le simple rite exigeant la prière cinq fois par jour. Une fois ne suffit pas, ce qui nous indique la nature 'faible' de l'homme toujours assujéti aux démons et aux tentations si bien que le Coran explique en détail comment faire la prière (ablutions, en direction de la Mecque et d'autres stipulations).

¹¹ Gardez, Louis, *Les hommes de l'Islam*, Paris: Editions Complexe, Librairie Hachette, 1977) 81.

¹² *Ibid.*, 85.

¹³ Nous nous référons au temps de l'ignorance ou *jahiliyya*. Les changements effectués au statut de la femme sont exemplaires à ce titre. Le divorce islamique, au lieu d'être le fait d'une simple répudiation de la femme par le mari dans la société arabe pré-islamique, est assorti de conditions entourant la mise en branle du processus de scission. Par ailleurs mais toujours en droit de la famille, la femme gagne beaucoup en atteignant le statut juridique de partie contractante dans le contrat de mariage ainsi que la seule propriétaire de sa dot. Il serait faux toutefois de penser que Mahomet a réussi à subordonner tout le droit coutumier aux nouvelles règles coraniques. Au demeurant, le droit coutumier (*orf*) constitue le fondement du droit musulman et, dans certains cas, demeure inchangé dans le nouveau code islamique. Ex. certaines sanctions du code pénal telles la lapidation.

En quoi consiste ce *petit jihad*? D'abord nous aimerions insister sur son caractère conditionnel. Il ne s'agit pas d'une guerre de vengeance, du moins pour ce qui est de sa cause présumée. En aucun temps, le *jihad* tel qu'explicité par le Coran, s'éloigne de la pensée morale de l'Islam. En fait, ce concept névralgique recoupe tous les grands thèmes de l'Islam tels la justice sociale, la morale du sacrifice, la préférence pour la réconciliation versus la vengeance du temps du *jahiliyya*, le *jihad* à la mesure de l'homme et d'autres. Nul ne saurait douter, par contre, la véhémence avec laquelle le Coran annonce la bataille contre les idolâtres, athées et les Gens du livre.¹⁴ Par ailleurs il convient de remarquer la nature quasi-obligatoire du *jihad* dépendant des situations. Le *jihad* tel qu'expliqué par le droit musulman illustre bien la transition des sociétés arabes, dont l'appartenance à une tribu définissait l'individu, vers la ville et la famille comme nouvelles unités d'organisation sociale. La description islamique du *jihad* reflète bien cette transition sociale.

Combattez dans la voie de Dieu contre ceux qui vous feront la guerre. Mais ne commettez point d'injustice en les attaquant les premiers, car Dieu n'aime point les injustes.¹⁵

Ce verset est révélateur de la nature défensive de *jihad*. Cependant notre objectif est de souligner la présence de conditions sine qua non avant tout déclenchement d'action militaire. En effet, dans le prochain verset de la même sourate, on retrouve d'autres conditions limitatives « Ne leur livrez point de combat auprès de l'oratoire sacré, à moins qu'ils ne vous y attaquent' ».¹⁶ Ces versets coraniques nous rappellent que le droit islamique représente une tentative visant à modifier le droit coutumier arabe. Au lieu de trouver son inspiration à partir de la vengeance tribale, le Coran propose un autre concept (*petit jihad*) assorti de conditions juridiques. Il est clair que le Coran souhaite la réconciliation que ce soit en matière de divorce ou de *jihad*.

Même l'esprit de justice sociale dont triomphe l'avènement de la parole de Dieu telle qu'incarnée par le Coran, est dûment reflétée dans les conditions juridiques entourant la notion du *petit jihad*. Ces conditions nous renvoient à la participation au *jihad* : « Les faibles, les malades, ceux qui n'ont point de moyens, ne seront point tenus d'aller à la guerre, pourvu qu'ils soient sincères envers Dieu et son apôtre. »¹⁷ Ce message est tout à fait conforme à l'objectif plus global de l'Islam, à savoir la création d'une société juste où l'usure serait interdite au profit de l'aumône.

Parmi les différentes conditions énumérées dans le Coran, il y en a qui facilitent et même encouragent le *jihad* surtout contre les idolâtres. « Les mois sacrés expirés, tuez les idolâtres partout où vous les trouverez, faites-les prisonniers, assiégez-les et guettez-les dans toute embuscade; mais s'ils se convertissent, s'ils observent la prière, s'ils font l'aumône, alors laissez-les tranquilles, car Dieu est indulgent et miséricordieux' ».¹⁸ En ce sens, le *jihad* constitue une arme dans l'effort de prosélytisme.

Par ailleurs, les prescriptions coraniques en matière de *jihad* renforcent l'injonction à l'effet que « Point de contrainte en matière de religion. »¹⁹ Par

¹⁴ Juifs et chrétiens.

¹⁵ Sourate 2, verset 186.

¹⁶ Sourate 2, verset 187.

¹⁷ Sourate 9, verset 92.

¹⁸ Sourate 9, verset 5.

¹⁹ Sourate 2, verset 257.

exemple, avant d'attaquer une armée adverse, l'attaquant est tenu de négocier avec l'autre dans le but de le convertir à l'Islam.

Certes une analyse approfondie du concept de *jihad* nous facilite la connaissance du droit islamique. Tous les thèmes principaux s'y trouvent – la justice sociale, la modification du droit coutumier en rejetant la vengeance pure, la préférence pour la réconciliation sociale, la morale du sacrifice, la guerre contre les impies et autres.

Il serait toutefois illusoire de penser que l'Islam se réfugie dans un pacifisme quelconque surtout compte tenu de ses brillants exploits au début du premier et du deuxième hégire pour étendre l'Empire, et ce malgré la présence constante de menaces externes. Ainsi Dieu réserve une belle récompense pour les combattants pour mieux fouetter leur ardeur et leur sacrifice «...il a destiné aux combattants une récompense plus grande qu'à ceux qui restent dans leurs foyers.»²⁰

A coup sûr, le *jihad* est censé être à la mesure de l'homme car « Nous n'imposerons point de charges au-dessus de leurs forces à ceux qui auront cru et pratiqué les bonnes œuvres. Ils seront en possession du paradis, où ils demeureront éternellement.»²¹ Ici, on doit mettre un terme à notre survol de la description coranique du *jihad*, description qui finit par osciller entre le *petit jihad* et le *grand jihad*, entre la soif du prosylétisme à tout prix et une notion de *jihad* à la mesure de l'homme.

B. La fermeture de la porte de *l'ijtihad*

Comme nous avons déjà vu, il y a similitude, ne serait-ce que dans la racine arabe de *jahada*, entre *jihad* et *ijtihad*. Ce dernier est un terme juridique signifiant aussi 'effort' de réflexion. C'est surtout une activité juridique qui tente de trouver des solutions en droit grâce à un raisonnement indépendant. En 'common law' l'équivalent de *l'ijtihad* serait peut-être la notion de précédant ou en droit civil des projets de lois. Créer le droit islamique en utilisant la méthode de *l'ijtihad* revient aux oulémas qualifiés appelés *mujtahids*. Dans l'histoire du droit islamique, il y eut quelques *mujtahids*. À ce titre, soulignons des juristes qui sont devenus des chefs de *madhab* tels Shafe'i, Malik, Abu Hanifa et quelques-uns de leurs disciples. Cependant les *mujtahids* disparaissent avec la fermeture de la porte de *l'ijtihad* au début du 9^e siècle. Afin d'expliquer davantage la fin de l'innovation en droit islamique, il nous convient maintenant d'ouvrir une parenthèse sur une des sources vives des *usul al-fiqh*.

Alors immédiatement après la mort de Mahomet, est apparu le concept de *l'idjma*, concept qui était invoqué pour régler la question de la succession de Mahomet. Sans recours à *l'idjma*, il y aurait eu une crise politique pour la succession. Or *l'idjma* était d'abord une astuce pour décider de la succession. Astuce car Abu Bekr, le premier calife a réussi à tasser Ali dont les liens de sang avec la famille du Prophète étaient manifestement plus forts. C'était là le début des regrets et du courant chiite.

L'idjma va prouver sa valeur de nouveau aux premiers siècles de l'hégire alors que le droit islamique était à ses premiers balbutiements. A cette époque, l'édifice du droit était menacé par un trop plein de Traditions et *hadiths* qui fusaient de toutes

²⁰ Sourate 4, verset 96.

²¹ Sourate 7, verset 40.

parts dont quelques-uns sans la moindre validité et crédibilité. Quoique Shafe'i ait mis de l'ordre dans la classification des transmissions (*mutawatar* – certain versus celles d'un faible probabilité), il n'empêche que *l'idjma* des oulémas jumelé aux efforts de Shafe'i sauve le droit islamique d'une déchéance certaine. Noyé par la pléthore de Traditions dont certaines ayant été transmises de manière facultative ou aléatoire, le droit islamique ne serait jamais sorti de son enfance.

Cependant *l'idjma* avait ses côtés pernicioeux aussi et c'est à cause de lui que tout raisonnement juridique indépendant était freiné au profit de la fermeture de la porte de *l'ijtihad*. Effectivement vers le début du troisième siècle de l'hégire, *l'idjma* des oulémas arrivait au terme de son périple *ijtihadien*. Selon *l'idjma* de l'époque toute solution en droit avait été analysée et pensée si bien que toute autre innovation juridique ne s'avérerait donc pas nécessaire. Puis la porte de *l'ijtihad* s'est fermée graduellement et tout ce qui restait à faire pouvait être fait par des *muqallids*. En d'autres termes, *l'idjma* a réussi à figer le droit islamique pendant des siècles en déclarant la fin effective de l'histoire du droit et de la jurisprudence islamiques. Ceci représente la transition de *l'ijtihad* au *taqlid* en droit islamique.

À vrai dire, *ijtihad* et *taqlid* sont deux côtés de la même médaille de *l'idjma*. Ces deux concepts doivent leur existence à *l'idjma* du *fiqh*. La raison pourquoi *l'idjma* connaît une évolution dialectique peut être trouvée dans les conditions matérielles et historiques de l'époque. Après la mort de Mahomet, *l'idjma* a servi non seulement comme une source des *usul al-fiqh* mais aussi en tant qu'arme politique pour éloigner Ali du califat pour plus de deux décennies. Ainsi tout comme *qiyas*,²² la sœur de *l'idjma*, il s'agit d'un concept formaliste et abstrait qui reçoit sa signification, à partir des circonstances historiques.²³ Par exemple, lorsque la croissance rapide de l'Empire musulman menaçait de faire crouler tout l'édifice du droit islamique, *l'idjma* a volé à son secours. Cependant, l'autre versant de *l'idjma* a pris le dessus lorsque l'Empire s'essouffait et les conquêtes diminuaient. Le besoin d'une harmonisation juridique sur le terrain était moins aigue. Sans de nouveau contenu, il n'est peut-être pas étonnant que toute innovation en droit islamique fût freinée.

Toute notre discussion est fort intéressante pour le *grand jihad* car de deux choses l'une. Si la porte de *l'ijtihad* est fermée alors tout effort futur est, à proprement parler, inutile et le *grand jihad* devient par le fait même une futilité juridique. Bien évidemment, les oulémas ne peuvent pas mettre fin au *grand jihad* et ses obligations multiples. Devenir un bon musulman revient à livrer une bataille quotidienne de *grand jihad* contre les forces de la décadence et Satan. On ne peut donc pas d'une manière quelconque mettre fin au *grand jihad* qui fait partie intégrante de l'expression quotidienne de la foi.

Quand au petit *jihad*, la fermeture de la porte de *l'ijtihad* fige ses conditions juridiques dans le temps. Il est évident que nous avons affaire à deux types de *jihad* fort différents – le *grand jihad* étant une ascèse alors que le *petit jihad* fait partie du

²² *Qiyas* veut dire 'raisonnement par analogie'. Les juristes des *madhabs* utilisaient ce procédé pour établir des espèces ou similitudes de cas. L'idée était d'aider les juristes à trancher lorsque le Coran et la Sunna n'étaient d'aucun secours. Comme *idjma*, *qiyas* est un concept abstrait sans contenu ou plutôt disponible pour structurer un contenu quelconque.

²³ Un débat semblable a fait rage chez les 'utilitariens' et John Stuart Mill vers la fin du 19^e siècle en Angleterre. Ce dernier a refusé de voir dans le plus grand bien du plus grand nombre un principe directeur. Mill mène une attaque en règle contre la notion de la tyrannie de la majorité. Le concept lui-même est pur mouvement sans aucune limite ou valeur à l'intérieur de la laquelle il pourrait amorcer une auto-censure.

fiqh au même titre que des concepts plus abstraits – tels *qiyas* et *idjma*. Il est fort probable que le *petit jihad* connaisse le même sort que ces autres concepts abstraits, à savoir toujours être à la remorque des circonstances historiques n'ayant aucune valeur en soi à véhiculer.

C. *Dar al-kufr* versus *dar al-islam*

L'on ne saurait retrouver les deux termes mentionnés ci-haut dans le Coran, ni dans la Sunna. Toutefois leur essence est plongée dans la problématique historique de Mahomet aussi sûrement que la propagation de la foi. En fait, la notion de '*dar*' fait son entrée sur la scène politique en même temps que les musulmans confrontent d'autres peuples et leurs religions et coutumes pendant la période de conquêtes du règne des Omeyyades et aux premiers siècles des Abbassides. Pour ainsi dire, les conquêtes ont dû soulever la question de la protection voire même l'expansion du foyer international de l'Islam.

Ici aussi, on voit bien deux aspects apparemment contradictoires du *jihad*. Par contre, si le travail du *petit jihad* s'exerce au profit du *grand jihad*, nul ne saurait s'objecter. Cela pourrait se produire dans un *dar al-kufr*, terre des impies.²⁴ Bien entendu, dans un *dar al-islam*, le *petit jihad* n'est pas nécessaire à moins d'une intervention étrangère, ce qui permettrait aux croyants de déclencher un *jihad* (*petit jihad*). De nos jours, il n'est pas sans intérêt que bien des 'modérés' en Islam base leur opposition aux islamistes en prétextant que ceux-ci poursuivent un *petit jihad*, lequel nuit au *grand jihad*. Dans son livre Comment l'Islam a découvert l'Europe, Bernard Lewis met en relief la nature historique et juridique de différents zones de peuplements musulmans – « Le monde, tel que le perçoivent les musulmans, se divise en deux parties fondamentales; le Territoire de l'Islam (*Dar al-Islam*) et le Pays de guerre (*Dar al-Harb*). La première comprend tous les pays soumis à la loi islamique, voire l'empire musulman; la seconde englobe le reste du monde.»²⁵ Lewis affirme d'ailleurs que le *jihad* doit se poursuivre jusqu'à ce que le monde entier soit un *dar al-islam*, c'est-à-dire là où la *chari'a* serait mise en application. Il est non seulement important de souligner le caractère juridique du concept d'un *dar* mais Lewis note que « La loi relative au *djihâd* comme la majeure partie de la *shari'a*, fut formulée au cours des cent cinquante premières années de l'ère islamique, à l'époque où les armées arabes progressaient vers la France, Byzance, la Chine et l'Inde et où il n'y avait apparemment aucune raison de douter que le triomphe final et universel de l'Islam fût non seulement inévitable mais imminent.»²⁶

Peut-on alors considérer que la proportion de nations *dar al-kufr* et *dar al-islam* vont demeurer la même? Bien sûr que non car le rapport de forces est toujours en train de changer au gré des vents géo-politiques. Or, invoquer le *dar al-kufr* fait voler en éclats l'argument selon lequel même le *petit jihad* reste figé. Compte tenu de cette nouvelle distinction, le *petit jihad* doit s'exercer de manière différente selon les exigences de la *Ummah* pour faire le *grand jihad*. Par exemple, si une minorité musulmane est incapable de pratiquer sa religion en toute quiétude dans un espace

²⁴ Chez certains observateurs dont Bernard Lewis, on remplace *dar al-kufr* avec *dar al-harb*. Par ailleurs, Louis Gardet définit le *dar al-islam* comme synonyme de *dar al-adl* (monde de la justice) «...où seront observés tous les principes de morale sociale et individuelle prescrits par le Coran.» Louis Gardet, *ibid.*, 79.

²⁵ Bernard Lewis, *Comment l'Islam a découvert l'Europe*, (Paris: Gallimard, 1984) 53-54.

²⁶ *Ibid.*, 54-5.

géographique donné, alors cet espace devient un *dar al-kufr*. Tout cela est peut-être vrai mais certains juristes musulmans en faveur de la fermeture de la porte de *l'ijtihad* diraient que la manière dont le petit *jihad* est pratiqué demeure toujours la même. C'est-à-dire que les mêmes conditions juridiques s'appliquent.

Néanmoins nous lisons dans le Coran un verset qui réverbère à travers l'histoire comme un tambour « Pour ceux qui traitent nos signes de mensonges, nous les anéantirons peu à peu et par des moyens qu'ils ne connaissent pas. »²⁷ Or, il se peut que les mêmes conditions ne s'appliquent pas car, ici, les moyens des *jihadistes* ne sont pas explicités. En étant vague, le Coran ouvre la porte à tout genre d'interprétation y compris celle faite par les islamistes dévoués.²⁸

Et les islamistes se servent de la distinction des *dars* différents dans le but de promouvoir une certaine interprétation du *jihad* notamment celle qui se dévoile à partir de la vie du Prophète. Sayyid Qotb²⁹, islamiste égyptien, nous explique cette position en parlant des ordres divins qui ont été envoyés au Prophète – « Ayant reçu ordre de mener le *jihad*, il se retrouva avec trois sortes d'impies; ceux à qui on peut accorder une trêve, ceux à qui on fait la guerre, et ceux qui paient la capitation. Ordre lui fut donné de conclure le pacte avec les premiers et de le respecter tant qu'ils s'y tiendraient. S'il venait à craindre une trahison de leur part, il lui fallait, sans les combattre, suspendre le pacte jusqu'à ce qu'il eut la certitude qu'ils l'avaient rompu. Et il lui fut ordonné de combattre ceux qui avaient fait ainsi. »³⁰ La première chose qu'il faut noter est l'autorisation divine qu'a reçue Mahomet pour mener le *petit jihad* car nous sommes toujours dans la sphère du *petit jihad*. Et il s'agit bel et bien d'un ordre et cela explique la nature obligatoire du *jihad*. Il semble en effet que l'effort s'accompagne d'une qualité impérative. Ce n'est donc pas un choix sauf à quelques exceptions près (faibles et infirmes). La pensée islamiste de Qotb nous aide à faire le pont entre la conception géo-politique de l'Islam et le Coran.

Le concept de *jihad* se précise donc davantage à la lumière de l'élaboration des différents *dars* (*al-kufr*, *ahd* et *al-islam*). Si l'on en croit Qotb, la définition des trois sortes d'impies trouve sa raison d'être dans l'univers géo-politique islamique. Fait important à remarquer aussi, c'est l'argument islamiste lequel vise un *jihad* contre les impies. A l'intérieur de cette logique, livrer une bataille contre un *dar al-islam* serait une contradiction dans les termes à moins que le *dar al-islam* soit devenu impie auquel cas cela ne serait plus un *dar al-islam*. Advenant une telle éventualité, l'ancien *dar al-islam* aurait changé de désignation géo-politique pour ensuite tomber dans le panneau d'un *dar al-kufr* ou *dar ahd*. Selon l'analyse de Qotb, certains impies pourraient se soustraire aux conséquences néfastes d'une action militaire en payant la capitation.³¹ D'autres qui auraient brisé l'entente avec

²⁷ Sourate 7, verset 180.

²⁸ Le terrorisme par exemple n'est par définition pas exclu.

²⁹ Sayyid Qotb fut pendu en 1960 par le régime de Nasser en Egypte. La pensée islamiste de Qotb ainsi que celle de Mauwdoudi au Pakistan mettent l'accent sur la justice sociale inhérente dans la religion islamique ainsi que la lutte contre les deux puissances impérialistes de l'époque. Ainsi Qotb fut une menace directe pour les nationalistes arabes qui, eux, voulaient exploiter les sentiments populistes, c'est-à-dire la même clientèle que courtoisaient les islamistes 'rouges'. C'est aussi la grande thèse de Gilles Kepel.

³⁰ Kepel, Gilles, *Jihad* (traduction d'un texte extrait de Ma'alim fi-l Tariq dans 'Signes de pistes' de S. Qotb, (Paris: Gallimard Coll. Folio, 2003) 718.

³¹ La capitation est une taxe (*jiyza*) que doivent payer les Gens du livre (juifs et chrétiens) pour leur protection (*dhimma*) en terre *dar al-islam* et sous l'égide de l'Etat islamique.

les musulmans seront la cible d'une attaque car ils ne pourraient plus se prévaloir d'un statut de *dar 'ahd*.³²

D. *Taqlid*

Sur le plan linguistique nous savons déjà que *jihad* et *taqlid* sont des opposés. *Jihad* veut dire «effort». On parle ici du *grand jihad*, activité qui n'arrête jamais. Être bon musulman est une activité sans cesse répétée. Le *grand jihad* recoupe entre autres notions (*shahada* ou témoigner) le petit *jihad*. Quand au *petit jihad*, lorsque celui-ci est enclenché, l'action militaire entendue sous forme d'effort, s'exerce. Cependant on peut penser qu'il y a des moments de paix où le *petit jihad* est absent ne serait-ce que temporairement.³³

Contrairement au terme *jihad*, *taqlid* veut dire 'conformisme juridique' ou si l'on veut 'absence d'innovation'. L'ère de *taqlid* a commencé à partir du moment où les oulémas, grâce au travail corrosif de *l'idjma*, ont prononcé la fermeture de la porte de *l'ijtihad*. Dorénavant, en l'absence de *mujtahids* habiletés à faire de *l'ijtihad*, le droit islamique subirait des changements mineurs entrepris par des *muqallids* dont l'hierarchie et la classification sont excessivement bureaucratiques.³⁴ Chez Milliot, il écrit- « Mais, plus le temps s'écoule, plus on s'éloigne des origines, et moins sûre est la science, donc moins grand le pouvoir de poser des normes juridiques nouvelles. L'idjtihad s'amenuise ainsi, au fil des générations et, en l'an 300 de l'hégire (Xe J-C) il disparaît; c'est la fermeture de la 'porte de l'effort'. L'idjtihad fait place au conformisme (taklid), le maître à l'épigone (mukall'd). .. »³⁵

Comment harmoniser la fermeture de la porte de *l'ijtihad* avec ce que nous avons dit au sujet du *jihad*? *Jihad* et *taqlid* sont-ils vraiment des opposés ou y a-t-il possibilité de les harmoniser? Certes sur le plan linguistique, il n'y a pas de rapprochement à faire. *Taqlid* implique peu de mouvement alors que l'effort se réfère à une activité quelconque. Peut-on alors considérer *taqlid* comme *idjma* ou *qiyas* – une simple abstraction dont la posture sera déterminée par des circonstances?

On arrive donc à la position de Joseph Schacht pour qui le droit islamique s'inspire d'un formalisme abstrait aboutissant à une contradiction insoluble – celle du contraste entre la théorie et la pratique de la vie. C'est en comparant le développement du droit romain et du droit musulman que Schacht observe «...tandis que les notions du droit romain restent toujours proches de la vie de laquelle elles sont dérivées, celles du droit musulman sont souvent abstraites et vastes, elles sont .pensées. et non vécues ». ³⁶ Quant au *grand jihad*, même si celui-ci implique une activité sans cesse répétée, les *idjma'istes* pourraient dire qu'il s'agit là d'une leurre.

³²Dans le même esprit que les *Méditations* de Descartes, la pensée islamiste de Qutb cherche à faire table rase des valeurs occidentales. C'est pourquoi il pense que «...the teaching of Islamic law must be firmly in the control of Muslim professors, and the Western point of view must not be allowed to obtrude, except in the later stages.» Sayed Kotb, *Social Justice in Islam* (New York: Octogan Books, 1970) 259.

³³ Cette question soulève, bien entendu, la différence entre *jihad* défensif et offensif.. S'agit-il d'un *jihad* permanent contre les impies ou est-ce que la religion est capable de faire un modus vivendi avec les Gens du livre ? Sinon aurait-on raison de parler d'un *jihad* permanent ?

³⁴ Pour connaître davantage cette hiérarchie, consultez Wael Hallaq, *Authority, Continuity and Change in Islamic Law* par Wael Hallaq, (London: Cambridge University Press, 2001).

³⁵ Louis Milliot, *ibid.*, 101.

³⁶ Schacht, Joseph, "Notes sur la sociologie du droit musulman" (1952) 320 *Revue Africaine*

Oui le terme implique 'effort' mais c'est le même effort, à savoir pour devenir un bon musulman, vous n'avez qu'à renouer avec les cinq piliers de l'islam. Ces piliers ne changeront jamais, ce qui pourrait représenter la vraie signification du *taqlid*. Et ceci serait tout à fait conforme avec la notion du *grand jihad*. Pour ce qui est du petit *jihad*, les conditions juridiques ne changent jamais – tentative de persuasion, exemption pour les faibles etc.

La doctrine de *taqlid* a inspiré bon nombre de détracteurs dans le camp islamique dont principalement les chiïtes et les islamistes sunnites. Quant aux premiers, leur rejet se fonde sur leur opposition à *l'idjma* comme outil politique pour choisir le successeur de Mahomet. On se rappelle qu'Ali ne fut pas choisi comme premier calife et les chiïtes, partisans d'Ali, finirent par s'opposer aux premiers trois califes ainsi que leurs doctrines. L'hostilité chiïte à l'égard de *l'idjma* s'est transférée à la théorie du *taqlid*, cette dernière étant née à cause de l'effet pernicieux de *l'idjma*. Les chiïtes ne nient pas *jihad* dont les prescriptions se trouvent dans le Coran de même que le *grand jihad*.

En ce qui concerne les islamistes, les raisons apparaissent un peu moins claires, à première vue, et elles méritent une brève analyse. Ce que l'on sait, c'est l'opposition au *taqlid* n'est pas étrangère aux juristes comme Ibn Taimiyya. Ce dernier récuse *taqlid* comme doctrine et, du même souffle, développe une définition du *grand jihad*. Dans un premier temps, lorsqu'on parle de l'interprétation islamiste des sources de la *chari'a*, on constate souvent le rejet de tout sauf le Coran et la Sunna. Certes telle est la position des Wahabites mais ce courant se définissait plus comme une entente politique et stratégique entre la maison de Saud et certains oulémas locaux. Par contre, les salafistes³⁷ s'opposent au *taqlid* tout en se considérant rigoriste en ce qui concerne l'utilisation des sources de droit musulman. Cette contradiction apparente entre les salafistes et leur rejet de *taqlid* trouve son reflet dans le livre de Kepel- «...les salafistes sont ceux qui comprennent les injonctions des Textes sacrés dans leur sens littéral figé par la tradition, incarnée notamment par le grand ouléma du quatorzième siècle Ibn Taimiyya, référence première des wahhabites. Ce sont, au sens propre, les intégristes de l'islam, hostiles à toute innovation, décriée comme interprétation humaine.»³⁸ En lisant ces mots de Kepel, la contradiction demeure totale et irrésolue. On dirait que les salafistes faisaient siens la doctrine juridique du *taqlid*. Toutefois la position d'Ibn Taimiyya ira jusqu'à mettre en doute le règne du conformisme juridique prôné par les salafistes.

Le legs sacré de Médine pourrait toutefois nous donner une résolution éventuelle de cette contradiction apparente. En un mot, il s'agit de la déification de Médine. Pour les salafistes dans leur quête de trouver les sources pures de l'islam, l'âge d'or demeure le début de l'hégire à Médine. En prenant les Traditions médinoises comme point de départ, la doctrine du *taqlid* enrégistre un recul important dans l'hierarchie du droit islamique. Or, si on met l'accent sur la Sunna de Médine, la question de la porte de *l'ijtihad* connaîtrait le même sort réservé au *taqlid* car le message de Médine serait devenu l'inspiration définitive du droit religieux. Contrairement aux concepts abstraits du droit islamique comme *idjma*, *taqlid* ou *qiyas*, la Sunna de Médine est une image voire une métaphore dont le contenu peut

³⁷ Le mouvement salafiste démarre en 1840 en Egypte avec Mohammad Abduh comme chef. Le terme salafiste provient de 'salafa' en arabe, mot qui veut dire 'ancêtres'. Autant dire que les salafistes se réfèrent aux vrais héritiers des fondateurs de l'Islam.

³⁸ Gilles Kepel, *ibid.*, 341.

s'articuler autour de la pratique du Prophète et selon des circonstances. Et il s'agit d'un contenu juridique libéré de l'hypothèque du *taqlid*. D'ailleurs Louis Gardet met l'accent sur «L'âge d'or révolu dont le souvenir habite la mémoire musulmane ... à la brève époque de l'Etat de Médine (de l'an 1 à 41 de l'hégire) quand la Communauté avait pour guides le Prophète et les quatre premiers califes ...' et plus loin au sujet des salafistes 'Les Réformistes contemporains Salafiyya et autres, n'ont cessé de revendiquer la prise en charge de tout le développement technique, dans un esprit rénové de fidélité aux origines. Le temps discontinu, inlassable retour à et sur l'instant ponctuel d'éternité, d'Abraham à Muhammad, et au Mahdi et à l'Heure dernière, reste comme le ciel étoilé ou s'inscrivent les espoirs et les volontés de renouveau.»³⁹ Ainsi pourrait s'expliquer le refus du *taqlid* et l'ouverture de la porte de *l'ijtihad* par les salafistes. Le *jihad* est donc toujours à faire en partant du vécu de Médine au lieu d'être confiné et cantonné dans les concepts abstraits du droit islamique élaborés par les *madhabs*. Toutefois, la déification de l'expérience médinoise aux dépens des siècles de travail juridique des *madhabs* aura un prix.

III. Le concept de *fatwa* et sa relation avec *jihad*

En langue arabe, une *fatwa* est le fait d'exposer une opinion ou de formuler un avis juridique fondé sur les textes sacrés de l'Islam en réponse à une question portant sur un cas précis. Ce qui nous intéresse plus particulièrement, c'est la relation entre la notion de *jihad* (surtout le *petit jihad*) et des *fatwas*. Cette relation ne manque pas d'alimenter l'actualité politique aussi bien avant qu'après le 11 septembre 2001.

Il y a depuis le début de l'hégire un nombre considérable de *fatwas* émis par des *muftis* et par d'autres oulémas. Il arrive parfois qu'une *fatwa* soit émise sans qu'il y ait de question juridique précise à proprement parler. Il est important de situer le moment dans l'histoire de l'Islam quand les *fatwas* se produisaient. En ce sens, on doit signaler que le Coran ne contient pas de référence au concept de *fatwa*. Après tout, le rôle des *fatwas* était de clarifier les points de droit islamique et non pas de modifier la parole de Dieu dans le Coran. Pour sa part, Schacht cherche à développer un parallèle entre le rôle de juriconsulte en droit romain et la *fatwa* en droit islamique. Il affirme que «...la fonction primaire du juriconsulte était de donner des *responsa*, des *fatwas*, et c'est à l'oeuvre privée de ces juriconsultes ou muftis que l'élaboration de la doctrine légale est due en première ligne.»⁴⁰ Ensuite le droit islamique franchira une nouvelle étape vers la période de l'établissement des *madhabs*, c'est-à-dire vers les début des Abbassides après 750 AD. A l'époque des *madhabs*, chaque *mujtahid* pouvait se prononcer sur l'avis de son école. Sans doute, le besoin de clarifier des points de droits se faisait toujours sentir mais ce vacuum fut comblé par le travail des premiers *qadis* sous les Omeyyades et plus tard par différents *madhabs*. Ce processus de clarté en droit était fort important compte tenu de la nécessité d'harmoniser le droit religieux avec le droit coutumier ou local à mesure que l'Empire musulman grandissait et faisait des conquêtes.

L'arrivée des *muftis* et leurs *fatwas* ont remplacé l'univers de droit fondé sur la pratique de *l'ijtihad*. Autrement dit, les *fatwas* ont pris le relais de juriconsultes une fois que les oulémas eurent déclaré la fin de l'innovation juridique. Fait remarquable, c'est que la *fatwa* elle-même ne comporte aucune obligation relative à

³⁹ Louis Gardet, *ibid.*, 88-9.

⁴⁰ Joseph Schacht, *ibid.*, 323.

l'avis produit. Comme dans sa définition stricte, une *fatwa* est un avis juridique ou une opinion et non pas un ordre. Néanmoins compte tenu du rôle et de la réputation des muftis et certains autres oulémas, l'effet de persuasion peut être très fort. On se rappelle que *l'idjma* des oulémas a fermé la porte de *l'ijtihad* et par conséquent il peut déterminer la force ou la faiblesse d'une *fatwa*.

Cependant la notion de *fatwa* a changé en fonction de deux événements – le rôle politique des muftis comme conseillers religieux auprès des califes et chefs d'État et la nature aléatoire des conditions juridiques pour émettre la *fatwa*. Alors que la *fatwa* est censée refléter l'ère du *taqlid*, la liberté des muftis et d'autres oulémas 'qualifiés' est sans entraves. *Muqallid* ou *mujtahid*? – telle est la tentation ultime des *fatwas*. Reflètent-elles les sources du droit islamique ou s'agit-il d'une façon voilée de faire du droit, et ce en dépit des exigences du *taqlid*?

Entre la nature consultative d'une *fatwa* et une quelconque doctrine ou vision obligatoire en droit, il y a le jeu de *l'idjma*. Etant donné l'importance de *l'idjma* pour notre discussion relative au développement des *fatwas*, il nous incombe d'élucider la théorie de la connaissance islamique qui sous-tend cette notion de consensus.⁴¹ *L'idjma*, quoique fort utile sur le plan politique lors de la succession au Prophète en 632AD, fait partie intégrante des *usul al-fiqh* et ses adhérents nous réfèrent aux prescriptions coraniques. Il y en a une qui nous est utile surtout lorsqu'il s'agit de parler de *jihad* car elle souligne l'aspect de tolérance religieuse. « Point de violence en matière de religion. La vérité se distingue assez de l'erreur. »⁴² Ce qui nous intéresse tout particulièrement, c'est bien sûr le fait de pouvoir distinguer la vérité de l'erreur. Voilà une des bases coraniques pour la doctrine de *l'idjma* car si on peut faire cette distinction, il serait donc possible de choisir le droit chemin déjà tracé par Allah. Dans les *hadiths*, il y a d'autres preuves – « Ma communauté ne se fonde pas sur l'erreur. »⁴³ Écoutons Louis Milliot qui résume bien la nature de *l'idjma* ou le consensus de la Ummah – « L'institution (*idjma*) puise son fondement dans le verset IV,115 « Celui qui s'ouvre une autre route que celle des croyants, nous nous détournerons de lui; nous l'approcherons avec le feu de la géhenne. »...Au fond, le consentement général est, lui aussi, une forme indirecte de la révélation. Lorsque le peuple fidèle, encadré par ses chefs et guidés par ses savants, affirme que telle est la pratique du culte ou la règle de croyance, tout se passe comme s'il avait été inspiré par Dieu. »⁴⁴

Bien entendu, *l'Ummah* ne se dirige pas seul. Les oulémas ou hommes sages l'encadrent et le droit islamique a réussi à puiser dans cette tradition en créant les *mujtahids* avant la fermeture de la porte de *l'ijtihad*. Cet appui de *l'idjma* sera transféré au concept de *fatwas*. Une *fatwa* émise par un guide de *l'Ummah* (*mufti* ou *ouléma* respecté) doit rallier le support de *l'Ummah* pour qu'elle soit vraiment crédible. Cette crédibilité relève de nulle autre source de droit que *l'idjma*.⁴⁵

⁴¹ Même si la notion *d'idjma* joue un rôle clef ici, on ne saurait lui faire un traitement complet. Nous nous bornons à analyser ses prétentions épistémologiques car c'est celles-ci dont puise la *fatwa* afin de chercher une quelconque universalité au sein de la *Ummah*.

⁴² Sourate 2, verset 257.

⁴³ Hadith rapporté par Al-Boukhari.

⁴⁴ Louis Milliot, *ibid.*, 125.

⁴⁵ Il y a des courants de pensée juridique qui n'acceptent pas *idjma* en tant que source de droit islamique – les chiïtes surtout pour des raisons politiques lors de la succession de Mahomet, Shaf'e'i, Ibn Hanbale et leurs disciples ainsi que des salafistes. Chaque *madhab* a ses propres règles pour appliquer *idjma*. Naturellement là où le droit évoluait dans une société plus homogène, l'utilisation de *l'idjma* était plus acceptée (le rite malékite à Médine).

Rappelons que la Communauté du Prophète sait distinguer la vérité de l'erreur.⁴⁶ Puisque selon l'Islam la vérité se trouve dans la foi, et puisque la vérité peut être connue, tout non croyant l'est par sa propre volonté de ne pas accueillir la vérité. La vérité étant une et unique, le concept juridique de *fatwa* puisera allégrement dans cette source de droit musulman avec des conséquences imprévisibles.

A. Les conditions juridiques

En premier lieu, ce sont les muftis qui sont habilités à émettre une *fatwa*. Nous avons souligné le pouvoir politique des muftis qui, eux, sont nommés par le calife et siègent dans la même ville ou capitale. Cependant ce pouvoir politique peut créer de la confusion au lieu d'éclaircir un point de droit, lequel est le rôle des *fatwas*. Pour prendre un exemple récent, les accords de paix du Camp David a trouvé un appui en Egypte quand le professeur Abd al-Wahab Khallaf a cité un verset coranique pour justifier sa position. Dans *Political Islam*, lisons – « His justification was the Quaranic verse 'And if they veer towards peace, then you do likewise'(S.8;61). Other fatwas sanctioning the Camp David accord were also issued by Shaikh al-Azhar as well as other Egyptian religious leaders. These *fatwas* were seen by Islamists at the time as an example of the ulama's subservience to the regime.»⁴⁷ Bien entendu, certains ont cru déceler une *fatwa* teintée par le régime d'Anwar Sadat. Alors il n'était pas étonnant que le mufti de Jordanie a riposté aux déclarations égyptiennes avec autre logique juridique. En effet, « Shaikh Abd Allah al-Qalqili issued a fatwa banning reconciliation, cooperation, or forming of coalitions with Israel.»⁴⁸ En rejetant l'exemple du traitement des Mekkois lors de la Traité de Hodaybiyyah⁴⁹, le Shaikh jordanien al-Qalqili cite aussi le Coran comme justification « Mais il vous interdit toute liaison avec ceux qui vous ont combattus et chassés de vos foyers, et qui ont voulu abolir votre religion. La même défense vous est prescrite contre ceux qui leur ont prêté secours. Quiconque leur montrerait de la bienveillance serait injuste.»⁵⁰ Selon cette logique, les Israéliens n'avait pas de droit d'occuper le territoire disputé, et donc il n'était pas possible de faire une entente avec eux. Ainsi se raisonne une *fatwa* diamétralement opposée à celle énoncée par le juriste égyptien.

Ce détour méthodologique nous est utile à plusieurs titres. D'abord on constate que ce n'est pas juste des muftis qui font des énoncés sous forme de *fatwa*. Tout ouléma respecté a aussi le droit d'en invoquer. À l'Université Al-Azhar en Egypte, les professeurs ont, eux aussi, le droit. En fin de compte, la valeur d'une

⁴⁶ Le Coran contient aussi des versets contre le recours à *l'idjma*, ce qui complique le tableau épistémologique. S:VII,186 « Ils te demanderont comme si tu en avais la connaissance. Dis-leur;La connaissance en est chez Dieu;mais la plupart des hommes ignorent cette vérité.»

⁴⁷ De: Yvonne Yazbeck Hadda & Lynne Rienner, "Islamists and the Peace Process" dans éd. John L. Esposito, *Political Islam* (London-Boulder: Lynne Rienner Publishers, 1997) 217.

⁴⁸ *Ibid.*, p.218.

⁴⁹ Mohammed avait choisi d'élaborer une entente avec les Mekkois à Hodaybiyyah en 628 au lieu de les attaquer. En retirant des troupes, Mohammed avait pu obtenir la promesse que lui et ses fidèles pouvaient retourner faire leur pèlerinage l'an prochain. Sur cette base de la Sunna, les éléments pro-Camp David ont érigé leurs arguments en faveur des pourparlers de paix avec Israël. En droit islamique, cela se pourrait au nom du *maslaha* (intérêt public) ou *darura* (nécessité) au cas ou une attaque serait vouée à l'échec. Les éléments anti-Camp David ont rejeté cet exemple car ils disaient que l'on peut négocier seulement avec des personnes dont leurs possessions (terre, pouvoir, foyers) étaient obtenues de manière légitime.

⁵⁰ Sourate 60, verset 9.

fatwa se mesure par le nombre d'appuis et la crédibilité religieuse qu'elle réussit à obtenir. Encore une fois, on n'aurait pas tort de voir l'œuvre de *l'idjma*. Cette source de droit islamique est responsable de la multiplication du nombre de *fatwas*. Et il est aussi le moyen grâce auquel on peut distinguer entre la crédibilité de différentes *fatwas* déclaratoires.

Mais il y a plus. L'exemple ci-haut nous en dit long sur la nature politique des *fatwas*. L'utilisation des *fatwas* pour faire avancer une cause politique a fait en sorte qu'elles sont suivies en raison des allégeances politiques et non par une excellence quelconque en droit. Cette tendance moderne en droit islamique peut parfois prendre la forme d'une diminution de contenu juridique au profit des déclarations politiques ostentatoires.

On ne saurait quitter notre traitement des conditions juridiques entourant les *fatwas* sans soulever le cas Rushdie. Ce qui est nouveau dans la *fatwa* de Khomeini à l'endroit de l'auteur, c'est son extension géographique. Selon la définition et la fonction d'une *fatwa*, il s'agit de jeter la lumière sur tel ou tel point de droit suite à une demande de consultation. Avec la condamnation à mort de Rushdie, nous sommes plutôt loin d'une simple consultation sur un point de droit. De plus, la *fatwa* contre Rushdie revêtait un caractère obligatoire. En effet, selon le texte de la *fatwa*, tuer Rushdie était bel et bien un devoir de chaque musulman. Non seulement peut-on considérer la *fatwa* de Khomeini peu conforme aux conditions juridiques normales (une *fatwa* est un avis et non une obligation), sa nature transnationale peut surprendre plus d'un observateur. Puisque la *fatwa* couvre le globe et non pas seulement des pays musulmans, la notion qu'une *fatwa* puisse être une action punitive appliquée dans un *dar al-kufr* ou *dar ahd* nous fait franchir une autre étape.

Avec les *fatwas* de plus en plus stridentes qui sortent de leurs limites juridiques pour devenir hautement politisées, parfois obligatoires et quelquefois de nature punitive, émises par d'autres oulémas que les muftis, nous sommes en droit de demander davantage de précisions sur la relation voulue entre *jihad* et *fatwa*.

B. Fatwas et Jihad

Fatwa et *jihad* sont deux concepts juridiques⁵¹ différents mais liés surtout par des situations ou événements. Au 20^e siècle, il y a trois phénomènes importants à signaler en ce qui a trait au développement des *fatwas*. D'abord on assiste à un mouvement vers une utilisation de plus en plus politique des *fatwas*. De pair avec ce phénomène, c'est la multiplicité des *fatwas* contradictoires. Enfin nous devons souligner qu'une *fatwa* peut servir comme autorité juridique pour entreprendre une action armée.

Examinons maintenant les différences qui séparent ces deux concepts islamiques. D'abord il n'y a rien d'obligatoire avec une *fatwa*. En principe, il s'agit d'un avis sur le droit faisant suite à une réflexion mure effectuée par un mufti ou tout autre ouléma approprié. A première vue, ce type d'activité a peu à voir avec le petit *jihad*. Il est davantage relié au grand *jihad* du moins pour ce qui est de sa nature d'effort intellectuel. Quant à la fermeture de la porte de *l'ijtihad* et le règne de *taqlid*, les *fatwas* sont censées suivre la loi musulmane dont l'orthodoxie veut que toute innovation en droit n'est pas possible. La *fatwa* ne doit en aucun cas être considérée

⁵¹ Ils ne sont pas définis comme sources du droit islamique (*usul al-fiqh*) comme le Coran et la Sunna.

comme une nouvelle manière de contourner *taqlid* pour devenir *ijtihad*. Or, l'émission d'une *fatwa* ne devrait pas être considérée comme l'activité de *l'ijtihad*.⁵² En cela, il y a identité entre *fatwa* et *jihad*. Nous ne nions pas ici la possibilité que le règne de *taqlid* pourrait toutefois engendrer de telles tentatives dont l'objectif consisteraient à contourner l'injonction contre tout *ijtihad* nouveau.

Analysons maintenant les deux concepts à la lumière de *l'idjma*. Tel que nous l'avons expliqué *l'idjma* n'est nul autre que la mesure du succès d'une *fatwa* quelconque. Dans un premier temps, cela s'applique au niveau des autres oulémas car si ceux-ci s'y opposent majoritairement, la *fatwa* serait fort probablement un échec. Compte tenu de la nature de plus en plus politisée des *fatwas*, et nourrie d'une croissance vertigineuse des déclarations contradictoires, le succès d'une quelconque *fatwa* peut se jouer aussi sur le plan populaire. Une *fatwa* non suivie partage son destin avec un *jihad* ignoré. Tous deux risquent de sombrer dans l'oubli. Un tel résultat affaiblirait le droit islamique.

L'aspect international des *fatwas* nous amène à un traitement de la notion de *dars* (*al-kufr*, *ahd* et *al-islam*). Quant aux *fatwas*, puisqu'il s'agit de tirer au clair certains points de droit musulman précis, elles s'appliquent à prime abord aux *dar al-islam*. Cependant si l'on prend la *fatwa* de Khomeini contre Rushdie, ce premier a changé la règle car la condamnation à mort de l'auteur s'appliquait autant en terre d'Islam qu'ailleurs. De plus, Khomeini a modifié la définition de la *fatwa* en la rendant obligatoire pour tout musulman (*fard al-ayn*). Nous sommes loin de la définition de *fatwa* comme simple réponse juridique à une demande précise. Et ces deux nouvelles mesures entourant la *fatwa* prépareront le terrain juridique pour les attaques d'Al-Qaeda contre les intérêts américains en septembre 2001. Il s'agit, en un mot, d'un *jihad* offensif en un *dar al-kufr*. Ici nous sommes confrontés directement avec une *fatwa* qui annonce un *jihad*, ce qui est en soi tout à fait acceptable (faisant abstraction aux conditions juridiques) selon la définition de *fatwa* entendue sous forme d'une consultation. Il n'en reste pas moins que la nature obligatoire et offensive (dans un *dar al-kufr*) de cet appel au *jihad* nous paraissent plus difficiles à justifier en droit islamique. Le Coran peut justifier un *jihad* défensif, si la communauté des croyants est attaquée.

Kepel renchérit en disant que « La jurisprudence islamique distingue le *jihad* défensif et le *jihad* offensif. Le premier est proclamé lorsque le territoire de l'Oumma est attaqué par les infidèles, et que la continuité même de l'existence de l'islam est menacée. C'est pourquoi les oulémas estiment que, dès lors qu'une *fatwa*, ou avis juridique référé aux Textes sacrés, est émise en ce sens, tous les musulmans doivent s'engager dans le *jihad* ...lorsque le *jihad* est proclamé pour attaquer le «territoire des impies » ou *dar el kufr*, le conquérir et soumettre ses habitants à la loi de l'islam, il n'est qu'une obligation collective ou *fard kifaya*, dont la responsabilité n'incombe qu'au chef de guerre et à ses hommes, sans que l'ensemble des

⁵² Lors d'une série d'entretiens avec Virginie Malabard, Dalil Boubakeur, recteur de l'Institut Musulman de la Grande Mosquée de Paris, s'oppose au *taqlid* et la fermeture de la porte de *l'ijtihad* : « La stagnation intellectuelle même pour cause de Tradition (*taqlid*) est jugée contraire à l'esprit des meilleurs savants contemporains de l'Islam. » *Non !! Islam n'est pas une politique*, (Paris: Desclée Brouwer, 2003).60. Cependant la position fort modérée et anti-islamiste se trouve en difficulté surtout si la *fatwa* participe davantage dans le jeu politique faite de conditions juridiques structurantes. En ouvrant la boîte de Pandore, les *fatwas* se sont multipliées pour appuyer telle ou telle position idéologique.

musulmans soit contraint à s'y engager. »⁵³ D'après Kepel, on détermine la qualité du *fard* selon la nature du *jihad* – défensif ou offensif.

C'est ainsi que *fatwa* et *jihad* sont reliés en tant que concepts juridiques islamiques. Ils doivent tous deux répondre à un certain nombre de conditions dont certaines ont connu des changements importants depuis le 9^e siècle. Il n'est pas illégitime qu'une *fatwa* appelle à un *jihad* à condition qu'elle réponde à une demande précise et que les conditions juridiques de *jihad* soient remplies. La valeur d'une *fatwa* ou *jihad* peut varier d'abord s'ils sont suivis par la majorité des oulémas d'abord, et par la *Ummah* en général. En ce sens, *l'idjma* joue un rôle important en décidant de leur valeur. Par ailleurs nous avons constaté que la nature défensive ou offensive d'un *jihad* peut dépendre de l'endroit où l'action armée se déroule. Et c'est dans cette même mesure que se décidera la question à savoir s'il s'agit d'une obligation individuelle (*fard ayn*) ou collective (*fard kifaya*). A première vue, on dirait que la *fatwa* de Khomeini ne se conforme guère aux conditions juridiques d'un *fard ayn* étant donné sa volonté de s'appliquer partout de manière universelle. Quant à Rushdie, puisqu'il est coupable d'apostasie, la peine de mort s'applique conformément avec le droit islamique à moins que celui-ci fasse un repentir sincère. Si le repentir est jugé réel et sincère, cela pourrait mitiger la sentence de la peine capitale.

Quant à *l'ijtihad*, il est vrai que la notion de *fatwa* ne se définit guère en fonction de la fermeture de la porte de *l'ijtihad*. Il reste une définition claire de ce qu'est une *fatwa* ainsi que la manière d'en faire. Bien qu'il puisse y avoir des débats sur qui a le droit de faire des *fatwas*, *l'idjma* demeure le test ultime pour quiconque veut les faire et si elles sont suivies. Il reste que le contenu est à faire et il est normal que les oulémas aient envie de développer des *fatwas* politiques. Néanmoins force est de reconnaître qu'il s'agit là d'une épée à deux tranchants car la multiplicité de *fatwas* peut les rendre toutes factices et périmées précisément en raison de leur nature contradictoire. Puisque le concept de *fatwa* ne fait pas partie des *usul al-fiqh*, il n'était pas pris au piège lorsque la porte de *l'ijtihad* était fermée. Force est de constater que la *fatwa* n'a jamais été structurée en tant que concept juridique. Le Coran ne parle pas de *fatwas* et encore moins des conditions juridiques entourant celle-ci.

Par opposition aux *fatwas*, *jihad* est un concept beaucoup plus réglementé par des prescriptions coraniques et la Sunna. Ainsi les conditions juridiques entourant l'application de l'activité jihadiste sont plus strictes. Toutefois les salafistes ont introduit la notion de la métaphore de Médine, métaphore qui fait partie de la Sunna et en même temps confère davantage de liberté d'interprétation.

IV. 9-11 et le renversement du régime des talibans en Afghanistan 2001

Avant de conclure, nous allons parler brièvement des deux types de *jihad* bien différents – un *jihad* offensif dont l'attaque fut lancée en un *dar al-kufr*, en l'occurrence aux Etats Unis, et un *jihad* défensif dans un pays musulman. Cette étude comparée du *jihad* mettra en lumière certaines tendances modernes qu'a prises le droit islamique ex., un *jihad* moderne semble être toujours assorti d'une *fatwa* préalable émise par un ouléma islamiste.

⁵³ Gilles Kepel, *ibid.*, 619.

Au regard de 9-11 et en acceptant la possibilité qu'Al Qaeda et Bin Laden furent responsables, il nous incombe de poser une série de questions en droit :

Est-ce que Bin Laden est habilité à émettre une *fatwa*? Si oui, est-ce que celle-ci est en accord avec le droit islamique compte tenu aussi de son appel au *jihad*? Y a-t-il des facteurs juridiques qui militeraient contre une telle *fatwa* et attaque à New York?

A. 9-11

Bin Laden a été l'auteur de plusieurs *fatwas* mais analysons celle qui démarque de manière frappante son opposition à la présence américaine dans des pays du Golfe. Elle fut diffusée fin août 1996. Cette *fatwa* devient le moteur de l'opposition islamiste et elle culmine avec l'attaque contre les deux tours à New York le 11 septembre 2001.

Signalons d'abord que le texte de Bin Laden n'est pas à proprement parler une *fatwa*. Il s'agit plutôt d'une déclaration (de guerre) enjoignant tout musulman de repousser la présence des infidèles qui occupent désormais le pays où se trouve des symboles de la religion islamique. Ce n'est donc pas une réponse à une question de droit précise et, en tant que telle, se qualifie difficilement comme *fatwa*.⁵⁴ Toutefois la déclaration s'appuie sur des arguments en droit islamique tout comme une *fatwa*. Il se permet même de parler de *fatwas* incorrectes, ce qui suggère qu'il soit capable de distinguer la crédibilité de telle ou telle *fatwa* selon les canons de droit islamique.

Dans sa déclaration d'août 1996⁵⁵ depuis les montagnes du Hindu Kush, Bin Laden fustige son gouvernement saoudien d'avoir accepté la présence militaire américaine dans un pays où se trouve tant de lieux saints d'Islam. Une de ses critiques se fonde sur la suspension des lois de la *chari'a* au profit des lois faites par les hommes.⁵⁶ Plus loin, Bin Laden cherche à développer davantage son argument entourant la non utilisation de la *chari'a* :

As stated by the people of knowledge, it is not a secret that to use man made law instead of the Shari'a and to support the infidels against the Muslims is one of the ten "voiders" that would strip a person from his Islamic status (turn a Muslim into a Mushrik, non believer status).

Pour appuyer cette thèse, Bin Laden se réfère au Coran (5.44 et 4.65). Effectivement Sourate IV, 65 se lit ainsi « J'en jure par ton Dieu, ils ne seront point croyants jusqu'à ce qu'ils t'aient établi le juge de leurs différends. Ensuite ne trouvant eux-mêmes aucune difficulté à croire ce que tu auras décidé, ils y acquiesceront d'eux-mêmes.»

⁵⁴ Pourquoi est-ce que Bin Laden a choisi de faire une déclaration plutôt qu'une *fatwa*? Est-il habilité de faire des *fatwas*? Certes Bin Laden ne possède pas le statut d'un mufti ou même de certains oulémas comme son collègue Mollah Omar. Une *fatwa* en appelle bien d'autres surtout dans une situation politique fort tendue où les états arabes vont s'employer pour avancer leurs objectifs politiques indépendamment des arguments juridiques. Le débat continuera sur les qualifications juridiques de Bin Laden mais encore une fois *l'idjma* pourrait avoir le dernier mot.

⁵⁵ En ligne : <www.aunmas.com.ataque/primera_declara.htm>.

⁵⁶ La déclaration parle des lois faites par les hommes comme étant 'le droit civil'. On peut présumer que 'la common law' connaîtrait le même sort.

Sa critique est d'une grande portée car le crime d'apostasie est passable de la peine de mort. Mais l'argument est dirigé vers le gouvernement saoudien qui, en faisant fi de la *chari'a*, a condamné ses citoyens à commettre l'apostasie.

Par ailleurs, Bin Laden se plaint des « fausses *fatwas* » de son gouvernement dont l'objectif est de fourvoyer le peuple et de répandre de faux arguments. Ceci est le reflet de la tendance moderne dans le monde islamique qui ne fait que multiplier le nombre de *fatwas* pour des fins politiques. De chaque côté, on cherche des appuis chez les oulémas et nous sommes loin de cet *idjma* idyllique et peut-être illusoire celui qui a permis l'élection d'Abu Bekr comme premier calife.

Ibn Taimiyya est cité abondamment pour ajouter du poids à l'appel de Bin Laden :

... people of Islam should join forces and support each other to get rid of the main 'Kufr' who is controlling the countries of the Islamic world, even to bear the lesser damage to get rid of the major one, that is the great Kufr.

Ailleurs dans le texte, une *fatwa*, qui remonte à l'époque de l'invasion des Tartares, d'Ibn Taimiyya est citée selon laquelle «...if the danger to the religion from not fighting is greater than that of fighting, then it is a duty to fight them even if the intention of some of the fighters is not pure i.e. fighting for the sake of leadership (personal gain) or if they do not observe some of the rules and commandments of Islam. To repel the greatest of the two dangers at the expense of the lesser one is an Islamic principle which should be observed.»

Dans le contexte actuel de la présence américaine dans des pays du golfe, cela veut dire qu'il serait prioritaire de frapper contre le 'grand *Kufr*' à savoir les Etats Unis. De plus, on trouve la possibilité de faire des ententes avec d'autres intéressés dont certains peuvent ignorer les commandements religieux ainsi que les raisons juridiques pour le *jihād*.

Quant à la Sunna, Bin Laden nous invite à consulter un hadith rapporté par al-Bukhari⁵⁷ qui relate les derniers mots du Prophète dont l'essentiel exprimait le désir de faire fuir d'abord tous les idolâtres de la péninsule arabique suivi du vœu (rapporté par Saheeh Aljame As-Sagheer) de voir partir tous les Gens du Livre (juifs et chrétiens).

Après avoir repris comme sien la lecture islamiste du Traité de Hudaybiyyah, on retrouve une des prescriptions coraniques du *jihād* : « Les mois sacrés expirés, tuez les idolâtres partout où vous les trouverez, faites-les prisonniers, assiégez-les et guettez-les dans toute embuscade; mais s'ils se convertissent, s'ils observent la prière, s'ils font l'aumône, alors laissez-les tranquilles, car Dieu est indulgent et miséricordieux.»⁵⁸ C'est donc le texte complet du verset V de la Sourate IX. Par contre, dans sa déclaration, Bin Laden ne cite qu'une partie du verset en s'arrêtant après les mots 'dans toute embuscade'. Il y a donc deux éléments gênants dans ce texte – le grand *Kufr* (les américains) n'est pas considéré comme des idolâtres mais plutôt comme les Gens du Livre au même titre que les juifs. Deuxièmement même si la fin du verset parle de convertis, ce qui nous amène loin de l'actualité, il reste que la partie 'pacifique' du verset a été tout simplement ignorée dans la déclaration.

⁵⁷ Les *hadiths mutawatir* dépendent de différents facteurs reliés à la façon dont ils sont transmis. Plus il y a d'intermédiaires, moins bien c'est. Ceci étant dit, les *hadiths* rapportés par al-Bukhari et Muslim demeurent les plus crédibles.

⁵⁸ Sourate 9, verset 5.

Est-ce que cette déclaration suffit-elle pour autoriser les attaques de 9-11? Comme on sait, il existe maintes variables dans toute analyse en droit islamique, et ce contrairement au vœu de simplicité et de clarté exprimé par le Prophète. Si le Coran demeure un livre fort ambiguë, il en va de même pour l'ensemble du droit islamique. Au mieux, nous pourrions identifier quelques items qui militent en faveur ou contre de telles attaques meurtrières en nous basant sur la déclaration de Bin Laden.

Pour

1. Bien qu'on puisse interpréter le Traité de Hudaibiyyah en faveur d'une suspension de *jihad*, il conviendrait de souligner que ce traité donnait le droit au Prophète et à ses adhérents de venir prier à la Mecque alors qu'une forte présence militaire pourrait empêcher la mise en application de cette clause. Compte tenu du dénouement de ce traité (les médinois étaient bel et bien empêché d'aller prier à la Mecque l'année suivante), une autorisation limitée de *jihad* nous paraît justifiable. Il y a donc un argument à partir de *qiyas*.
2. En vertu de l'époque pendant laquelle le travail juridique sur le *jihad* a eu lieu, peu d'observateurs ont parlé des moyen d'attaque (S.VII,180). Même le Coran demeure peu loquace à ce sujet si bien que le choix de moyens ne semble pas être une raison pour écarter les attaques comme telles à moins d'invoquer *qiyas* quant au *fard kifaya* (voir Contre, Point 2).

Contre

1. Une attaque en territoire des impies (*dar al-kufr*) constitue un *jihad* offensif alors que l'objectif principal consiste à faire évacuer la péninsule arabique de la présence militaire américaine. L'endroit où se déroule l'action militaire est absolument essentiel afin de formuler une justification d'un *jihad*.
2. Un *jihad* offensif requiert un *fard kifaya* qui n'implique que des combattants. Dans ce cas précis, *qiyas* nous amène à croire que la mort de non combattants serait illégitime en droit islamique.
3. L'argument selon lequel la présence américaine dans le Golfe fait en sorte que la *chari'a* est suspendue nous paraît nettement exagéré et certes insuffisant pour justifier une attaque en *dar al-kufr*. Ceci est un grief généralisé chez les islamistes qui n'est pas directement pertinent au cas 9-11.⁵⁹
4. La déclaration de Bin Laden s'exerce en premier lieu contre les idolâtres. Comme on le sait, le Coran établit une échelle d'impies. Les Gens du Livre sont loin d'être des cibles prioritaires. Au contraire, moyennant le paiement d'une taxe, l'État islamique doit protéger ses minorités en leur conférant le statut de *dhimmi*.

B. Le renversement du régime des talibans en Afghanistan en 2001

En dernier lieu, nous aimerions nous pencher sur une autre *fatwa* ou déclaration avec des implications importantes pour la théorie et la pratique moderne du *jihad*.

⁵⁹ Le grief lui-même nous semble fondé et le ressentiment des musulmans est réel. Dans la plupart des pays islamiques (Pakistan, Egypte, Syrie, Jordanie, Maroc etc), le droit colonial demeure en effet. Souvent la *shari'a* a été cantonnée dans le droit de la famille alors que toute autre relation juridique est réglée par le droit colonial d'inspiration européenne.

Ce qui différencie 911 du cas de l'invasion de l'Afghanistan en 2001, c'est la distinction entre *dar al-kufr* et *dar la-islam*. Nous allons voir comment cette distinction nous permet de cerner davantage les conditions juridiques pour le *jihād* à partir de la nature offensive ou défensive de celui-ci.

En effet, la *fatwa* du 27 septembre 2001⁶⁰ de Sheikh Yusuf al-Qaradawi⁶¹ répond à une question précise formulée par un représentant musulman de l'armée américaine, à savoir si le personnel militaire musulman a le droit de se battre en Afghanistan et ailleurs dans le monde musulman. Du surcroît, il y a une deuxième question, à savoir qu'advenant le cas où les militaires musulmans américains ne veulent pas se battre contre d'autres musulmans, pourraient-ils s'y soustraire en acceptant un poste de non combattant?

Cette *fatwa* était émise à peine deux semaines après les attaques de 9-11 dans la foulée de la prise des mesures de sécurité par les Etats Unis.⁶² Les arguments d'Al-Qaradawi se résument ainsi : les musulmans devraient être unis contre le terrorisme qui frappe les innocents et tue les non combattants sans justification. En s'appuyant sur un passage dans le Coran (S5:32), Al-Qaradawi affirme que tuer une personne sans justification revient à tuer toute l'humanité.⁶³ Les seules circonstances qui permettraient le meurtre sont pour a) se venger d'un autre meurtre ou b) punir quelqu'un en train d'inciter le désordre. La punition pour *hirabah* est sévère.⁶⁴

Par ailleurs, l'auteur de la *fatwa* écarte une objection importante, fondée sur un hadith d'al-Bukhari selon lequel le Prophète aurait condamné le meurtre d'un croyant par un autre. En fait, cet *hadith* trouve sa source dans la Sourate IV,94 au sujet de la mort involontaire d'un croyant. Les deux sont donc condamnés tandis qu'al-Qaradawi qualifie son acceptation en disant que le *hadith* s'exerce seulement lorsque le musulman a le choix de se battre ou pas. Selon lui, tel n'est pas le cas car si le musulman ne se bat pas, il risque de mettre en cause sa loyauté au pays. Dans le présent contexte, le musulman doit se battre ou subir des conséquences sur le plan individuel et collectif en tant que musulman.

Rappelons que Dieu n'exige jamais ce qui est au-delà des forces du croyant « Personne ne doit pas être chargée au-delà de ses facultés. »⁶⁵ Dans la même veine, Al-Qaradawi affirme que Dieu s'occupe des intentions du croyant plutôt des effets non escomptés qui résultent des actions.

Analysons maintenant les forces et faiblesses de l'argument d'Al-Qaradawi à la lumière de ce que nous savons du droit islamique. Cinq autres oulémas ont signé la *fatwa*.

⁶⁰ En ligne : <http://www.unc.edu/~kurzman/Qaradawi_et_al.htm>.

⁶¹ Al-Qaradawi est un ouléma d'origine égyptienne qui est un juriste reconnu en droit islamique. Il est considéré comme ayant une position modérée et non islamiste. Il est aussi le directeur du Conseil de la Sunna et Sira de Qatar.

⁶² Al-Qaradawi élaborera une autre *fatwa* quelques mois plus tard (2 décembre 2001), en ligne : <www.islamophile.org/spip/article86.html>, dans laquelle il déclare 'illicite' la collaboration des pays musulmans avec un autre pays pour frapper un pays musulman avant d'avoir fait la démonstration indiscutable de la culpabilité des talibans dans les attaques 911.

⁶³ C'est ici où il invoquera le crime de 'Hirabah' ou crime contre la société.

⁶⁴ Voir Sourate 5, verset 37.

⁶⁵ Sourate 2, verset 233.

Forces

1. La loi du talion appuyée par le Coran peut être une justification. Ceci requiert deux conditions – il ne devrait s’agir d’une vengeance (tel le droit coutumier du temps de *jahiliyya*) et le sang des innocents ne doit pas être versé.
2. Il peut arriver qu’un croyant tue involontairement un autre croyant auquel cas la Sourate IV,94 s’appliquerait toutefois avec une liste de primes à payer. L’argument d’al-Qaradawi écarte le paiement de telles primes advenant la mort involontaire ou accidentelle des croyants.

Faiblesses

1. Al-Qaradawi ne soulève pas la question de l’endroit où se déroulera l’action militaire. Elle se déroulera vraisemblablement dans un *dar al-islam* et donc il s’agit d’une action offensive ou agressive et ceci indépendamment des événements 911. En tant qu’action offensive contre d’autres musulmans, il est fort probable que le sang des musulmans et des innocents seraient versés.
2. Une analyse approfondie du Coran et de la Sunna révèlent qu’il y a prépondérance de citations et *hadiths* qui acceptent un *jihad* contre les incroyables et les Gens du Livre alors que la guerre entre musulmans est à éviter par tous les moyens. Selon la Sourate IV,95 «Celui qui tuera un croyant volontairement aura l’enfer pour récompense; il y demeurera éternellement.»
3. Invoquer les limites de l’endurance des croyants et vanter les bonnes intentions ne nous avancent pas beaucoup.⁶⁶ En affaiblissant les conditions de la croyance, al-Qaradawi semble donner son aval à l’action militaire quelle que soit sa forme et son contenu. Le Coran est rempli d’exemples d’un dieu miséricordieux et aussi d’un dieu vengeur.

C. Intervention au Darfour

Analysons maintenant une problématique d’actualité pour voir comment le droit islamique pourrait se déployer sur le terrain africain. Il s’agit de la crise dans le Darfour dans l’extrémité sud du Soudan, pays islamique et africain. Plus précisément, on aimerait savoir sous quelles conditions est-ce que le gouvernement islamique du Soudan pourrait accepter la venue des casques bleus dans le Darfour, et ce dans le but de protéger une minorité noire et non-musulman?

D’abord il faudrait faire abstraction au débat polémique autour de la crise au Darfour afin de pouvoir laisser parler le *fiqh* du droit islamique. Nous allons voir que cette crise nous met aux prises avec deux concepts importants en droit islamique – la nature d’un *dar al-islam* et les relations entre une majorité musulmane et ses minorités. Le couronnement du Soudan comme étant un *dar al-islam* intervient le 8 septembre 1983 quand le pays décide d’harmoniser ses lois avec celles de la *chari’a*. Notre recherche devrait prendre comme point d’appui des sourates médinoises du Coran surtout celles qui se rapportent de près aux modalités de la protection des *dhimmis*.

⁶⁶ Voir Sourate 4, verset 3 «...il connaît ce que vous gagnez par vos œuvres. »

Pour l'intervention

Bien que la communauté internationale n'ose pas prononcer le mot 'génocide', il n'en reste pas moins qu'elle reproche à l'État soudanais d'avoir brutalisé la minorité noire dans le sud. Une importante partie de cette minorité est formée de chrétiens. Puisque l'État islamique est dans l'obligation de défendre une minorité non musulmane composée des Gens du livre sur son territoire, nous sommes en droit de demander pourquoi y a-t-il un besoin d'assurer la protection de cette minorité par un pouvoir autre que l'État islamique lui-même? Au nom du droit public international, l'intervention des Nations Unis pourrait être souhaitable surtout si l'on peut prouver que l'État soudanais aide matériellement les regroupements des Jenjaweed et appuient leurs activités. Dans ce contexte, les résolutions du Conseil de sécurité en 2004 peuvent être interprétées comme étant un appel à l'État soudanais de suspendre son aide aux milices Jenjaweed afin de trouver une solution politique au Darfour. Une fois le statut de *dhimmi* est accordé aux Gens du livre, l'État islamique doit assurer sa protection. Si tel n'est pas le cas, une intervention peut être envisagée surtout menée par d'autres pays musulmans pour remplir les devoirs coraniques envers les minorités.

Contre l'intervention

Comme le Soudan est un pays ayant une organisation politique islamique, il est à toutes fins pratiques un *dar al-islam*. Nonobstant cela, il existe bien des sources coraniques qui exigent le respect des minorités religieuses. Textuellement, ce respect ne s'applique qu'aux Gens du livre (juifs et chrétiens). Il est aussi conditionnel au paiement d'une taxe (*jizya*), ce qui accorde le statut de *dhimmi* aux minorités. Ce statut leur accorde une protection de l'État. Si les non musulmans du Darfour ont payé leur *jizya*, l'État soudanais est dans l'obligation des les protéger contre tout ennemi. Si on réussit à prouver que l'État appuie les bandes de Jengaweed aux dépens de la population *dhimmi* du sud, le tort revient au régime. Même si on peut trouver d'autres versets médinois de la Sourate IX qui, eux, prône le *jihad* contre des non musulmans, il n'en reste pas moins que l'obligation envers les minorités nous semble davantage opérante surtout si celles-ci ont acquitté leurs obligations (paiement de *jizya*)⁶⁷ envers l'État. Si les Gens du livre ne peuvent pas payer la taxe, il s'agit de savoir pour quelle raison. Si les minorités ne peuvent pas payer en raison de leur pauvreté de moyens, il ne s'ensuit pas qu'ils ne devraient pas bénéficier de la protection de l'État. La tradition islamique de l'aide aux plus démunis faisant partie intégrante des devoirs des croyants (*grand jihad*) ferait en sorte que l'État pourrait octroyer le statut de *dhimmi* en dépit de leur pauvreté. Ceci pourrait bien être la situation des habitants du Darfour. Par contre, si les habitants du Darfour livrent une bataille contre l'État islamique, ce même État aurait le droit de se défendre par un *jihad* défensif.

La notion de *dar al-islam* soulève la question de la composition des casques bleus. Par exemple y aurait-il des non musulmans? Que feront-ils? La réponse se trouve de nouveau au sein du statut de *dhimmi*. En principe, c'est l'État qui doit

⁶⁷ Selon Abdullah An-Na'im, le paiement de *jizya* cherchait à humilier les minorités et il cite Khaddouri à cet effet. (*Toward and Islamic Reformation*, Syracuse University Press, 1996, p.89. Cependant le statut de *dhimmi* conférait le statut de non combattant aux minorités.

protéger sa minorité non musulmane si bien que la présence de non musulmans sur le territoire d'un *dar al-islam* ne saurait être admis par la *chari'a*.

IV. Conclusion

Au terme de notre périple dans le *jihad*, nous constatons que la distinction de Gardez entre les grand et petit *jihad* s'effacent. Ils se fondent l'un dans l'autre car être un bon musulman équivaut à faire le *petit jihad* tout en respectant les règles coraniques et la Sunna. De même, la manière dont on fait le *jihad* déterminera notre valeur en tant que croyant pratiquant. Des concepts stériles et abstraits tels *idjma* et *taqlid* sont d'une utilité douteuse afin élucider si oui ou non *ijtihad* peut avoir cours légal ainsi ouvrant la porte de *l'ijtihad*. La notion de *fatwa*, même si elle est née en même temps que le droit islamique, est devenue un fourre-tout moderne pour toute position politique digne de ce nom. Le contenu varie selon la politique du jour et sa vraie valeur ne saurait être accordée par *l'idjma*. Nous nous demandons si la métaphore de Médine reste figée dans une stricte version de la Sunna ou peut-elle inspirer un *ijtihad* nouveau fondé sur une nouvelle interprétation des Traditions?

Glossaire

Dar al-harb – synonyme pour dar al-kufr
Dar al-islam – territoire musulman
Dar ahd – territoire où les musulmans ont une entente avec les impies
Dar al-kufr – territoire des impies
Darura – nécessité
Dhimmi – statut accordé aux gens du livre dans un *dar al-islam*
Fatwa – un avis sur un point spécifique de droit islamique
Fard ayn – devoir obligatoire individuel pour chaque musulman
Fard kifaya – responsabilité collective et dans le contexte d'un *jihad* n'incluant que le chef de guerre et ses hommes
Hadith – événement ou parole transmis au sujet du Prophète (*mutawatir* – *hadith* transmis de source sûre)
Haj – devoir de pèlerinage à la Mecque
Hirabah – crimes contre la société
Idjma – consensus des oulémas
Ijtihad – effort juridique visant à trouver des solutions en droit islamique
Jahiliyya – le temps de l'ignorance ou société pré-islamique
Jihad – effort pour devenir un bon musulman (*grand jihad*) et guerre sainte (*petit jihad*)
Jiyza – taxe payable à l'État islamique par ses *dhimmis* (Gens du livre) pour assurer la protection de ces derniers
Madhab – école de droit islamique
Maslaha – dans l'intérêt public
Mufti – conseiller religieux musulman auprès d'un calife ou chef d'État
Orf – coutumes ou le droit coutumier
Ouléma- savant religieux
Qiyas – raisonnement par analogie
Shahada – témoigner en tant que croyant
Shari'a – ensemble de lois religieuses
Taqlid – imitation ou acceptation des doctrines établies
Usul al-fiqh – sources de droit islamique

Bibliographie

- Le Coran, trad. de l'arabe par Kasimirski, Garnier-Flammarion, 1970.
- Boubakeur, Dalil, Non! L'Islam n'est pas une politique (entretiens avec V.Malabard), Desclée Brouwer, Paris, 2003.
- Charles, Raymond, Le droit musulman, PUF – coll. 'Que sais-je?', Paris, 1960.
- Coulson, N.J., History of Islamic Law, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1964.
- David, René et Jauffret-Spinozi, Camille, Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, Paris, 1988.
- Esposito, John L, Political Islam, Lynne Rienner Publishers, Boulder-London, 1997.
- Gardet, Louis, Les hommes de l'Islam, Librairie Hachette-Editions Complexe, Paris, 1977.
- Gohari, M.J., The Taliban Ascent to Power, Oxford University Press, London, 2000.
- Hallaq, Wael B., Authority, Continuity and Change in Islamic Law, Cambridge University Press, London 2001.
- Huntington, Samuel P., The Clash of Civilizations, Simon & Schuster, New York, 1996.
- Kepel, Gilles, Jihad, Gallimard-Coll.Folio, Paris, 2003.
- Kotb, Sayed, Social Justice in Islam, (trad. John B.Hardie), Octogan Books, New York, 1970.
- Krieger-Krynicky, Annie, Le Pakistan, Le Sycomore, Paris, 1982.
- Lewis, Bernard, Comment l'Islam a découvert l'Europe, Gallimard coll.Tel, Paris 1984.
- Lewis, Bernard, Que s'est-il passé? – L'Islam, L'Occident et La Modernité, Gallimard, Paris, 2002.
- Makrrougrass, Abdullah, L'Etat islamique, dernière des ignorances, Presses de l'Université Laval, Québec, 2003.
- Melkevik, Bjarne, Horizons de la philosophie du droit « Le crime de Salman Rushdie- Réflexion sur 'Les Versets sataniques' », L'Harmattan PUL, Québec, 1998.
- Milliot, Louis, Introduction à l'étude du droit musulman, Recueil Sirey, Paris, 1953.
- Pal, Izzud-Din, Pakistan, Islam, and Economics – Failure of Modernity, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- Qutb, Muhammad, Islam the Misunderstood Religion, Board of Islamic Publications, New Delhi, 1966.
- Schacht, Joseph, Notes sur la sociologie du droit musulman dans la « Revue africaine », Tome XGVI, 3^e et 4^e trimestres, 1952, pp.311-329.
- Schacht, Joseph, Introduction au droit musulman, Oxford University Press, 1964.
- Todd, Emmanuel, Après Empire, Gallimard *nrf*, Paris. 2002.

Sites internet

- <<http://www.islamophile.org/spip/article86.html>>
<http://www.aunmas.com.ataque/primera_declara.htm>
<http://www.unc.edu/~kurzman/Qaradawi_et_al.htm>